

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	19.878/10/3ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000162703-29	
Impugnação:	40.010126147-93	
Impugnante:	Laticínios Sabor da Serra Ltda	
	IE: 386847896.00-20	
Proc. S. Passivo:	Francisco Prudente de Souza/Outro(s)	
Origem:	DF/Juiz de Fora	

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto entre as DAPIs, documentos extrafiscais e arquivos eletrônicos regularmente apreendidos, que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de notas fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I da Parte Geral do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II c/c §2º, ambos da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que a Autuada, no período de 01/01/06 a 31/12/08, deixou de recolher o ICMS referente às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto das DAPIs, os documentos extrafiscais, arquivos eletrônicos e Auto de Cópia e Autenticação de Documentos Digitais apreendidos no estabelecimento autuado.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c § 2º da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 195/200, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 201/208.

Em sua peça de defesa, a Impugnante relata os fatos ocorridos, arguindo preliminar de cerceamento de defesa no sentido de ter sido prejudicada a sua ampla defesa e o direito ao contraditório.

Discorre sobre o princípio do contraditório, cita doutrina, bem como dispositivos legais, no sentido de apontar os direitos do contribuinte, questiona a ausência da Ordem de Serviço no procedimento fiscal, tece outros comentários a respeito da autuação fiscal e pede, ao final, pela procedência de sua impugnação.

O Fisco, por sua vez, não aceita os argumentos da Impugnante, entende caracterizada a prática de infração à legislação tributária e requer a procedência do lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 213/219, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão.

Da Preliminar

Do Cerceamento de Defesa

A Autuada considera que o seu direito de defesa foi prejudicado pela falta de apresentação, no momento da ação fiscal, ou anexação ao PTA em epígrafe, da Ordem de Serviço nº. 08.090003302-09.

A preliminar levantada pela Autuada não merece prosperar, pois todo Auto de Infração lavrado pelo Fisco está vinculado à prévia existência de Ordem de Serviço específica.

Não obstante tal fato, conforme já dito, o Fisco junta ao presente PTA cópia da Ordem de Serviço nº. 08.090003302-09 solicitada pela Autuada, bem como das de nº. 08.080003733.73 e de nº. 08.080003742.81 que ampararam os procedimentos de busca e apreensão realizados em 09/03/09.

Acresça-se que a legislação processual tributária mineira foi observada em todos os seus dispositivos consagradores do discutido princípio. Uma vez que ocorreu a regular intimação do Auto de Infração, este contendo todos os elementos indicados no art. 89 do RPTA/MG e ainda, reconhecendo-se ao Sujeito Passivo o regular prazo para impugnar, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Do Início da Ação Fiscal

A Impugnante, para questionar a validade do início da ação fiscal, alega, novamente, inexistência de Ordem de Serviço. Essa alegação já foi refutada pela anexação ao PTA das OS de nº. 08.080003733.73 e de nº. 08.080003742.81. (fls. 188/191) que, repita-se, ampararam a ação fiscal de 09/03/10.

Embora a Autuada considere obrigatória a apresentação de “Termo de Início de Ação Fiscal”, o art. 69, inciso II do RPTA/MG define que o início da ação fiscal também pode ocorrer mediante a lavratura de Auto de Apreensão e Depósito (AAD), como se nota na transcrição abaixo:

Art. 69. Para os efeitos de documentar o início de ação fiscal, observados os modelos estabelecidos pela Secretaria de Estado de Fazenda, a autoridade lavrará, conforme o caso:

(...)

II - Auto de Apreensão e Depósito (AAD);

Sendo assim, não há dúvida que o início da ação fiscal foi corretamente documentado pela lavratura do AAD nº.000098 (fls. 02).

Também deve ser rejeitada a afirmação de que tudo ocorreu na ausência de representante legal ou preposto, pois o AAD 000098 (fls. 02) foi regularmente recebido por SILVANIA DE PAULA VALLE, de RG MG 10.727.701, na condição de preposta, como se comprova por sua assinatura no campo próprio do respectivo documento, ou seja, tudo em conformidade com o art. 75 do RPTA/MG, transcrito abaixo:

Art. 75. Na lavratura de Auto de Início de Ação Fiscal, Auto de Apreensão e Depósito, Auto de Retenção de Mercadorias ou Auto de Lacração de Bens e Documentos, em se tratando de intimação pessoal, será colhida a assinatura do sujeito passivo, seu representante legal, mandatário, preposto, ou contabilista autorizado a manter a guarda dos livros e documentos fiscais.

Parágrafo único. Para os efeitos do disposto no caput considera-se preposto a pessoa que, no momento da ação fiscal, encontrar-se responsável pelo estabelecimento ou veículo transportador.

Da validade do Ato e da Violação de Princípios

A Impugnante tenta qualificar o feito fiscal como ato abusivo e contrário ao art. 4º da Lei nº 13.515/00, sendo, portanto, nulo de pleno direito nos termos do art. 20, III, da mesma lei.

Tal argumento não tem qualquer pertinência. Os procedimentos de busca e apreensão e de copiagem de arquivos eletrônicos ocorreram em 09/03/09, ou seja, no período de abrangência das Ordens de Serviço de nº 08.080003733.73 e de 08.080003742.81 (fls. 188/191).

Também deve ser ressaltado que o próprio art. 4º, VI, da Lei nº 13.515/00, citado pela Autuada, prevê a dispensa da apresentação de Ordem de Serviço para o caso de flagrante, como se vê:

Art. 4º - São direitos do contribuinte:

(...)

VI - a apresentação de ordem de serviço nas ações fiscais, **dispensada** essa nos casos de controle do trânsito de mercadorias, **flagrantes e irregularidades constatadas pelo fisco**, nas correspondentes ações fiscais continuadas nas empresas inclusive; (Grifou-se)

Por isso, e ao contrário do que pretende a Autuada, em nenhum momento ocorreu violação dos princípios da legalidade ou da vinculação.

O Auto de Copiagem e Autenticação de Documentos Digitais foi emitido em complementação ao AAD nº 000098, devendo observar, portanto, as normas aplicáveis à ação fiscal iniciada por meio de procedimento de apreensão de documentos e não por AIAF, pois, no caso, é dispensada a prévia solicitação ou intimação.

O art. 16, inciso III da Lei nº 6763/75, a que se refere o Sujeito Passivo, estabelece como obrigação do contribuinte a exibição ou entrega de arquivos eletrônicos de interesse tributário, como se vê:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

(...)

III - exibir ou entregar ao Fisco, quando exigido em lei ou quando solicitado, livros, documentos fiscais, programas e arquivos com registros eletrônicos, bem como outros elementos auxiliares relacionados com a condição de contribuinte;

Dessa forma, fica claro que a exibição ou entrega estão condicionadas, ou a uma solicitação, ou a uma exigência legal. No caso em questão, há a exigência legal expressa no art. 50 da Lei nº 6763/75, transcrito abaixo, dispensando a reclamada prévia solicitação (intimação):

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

I - mercadorias e bens;

II - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos pertinentes à escrita comercial ou fiscal;

III - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário.

Consigne-se que, embora o Auto de Copiagem contestado traga, em seu corpo, menção ao art. 70 do RPTA/MG, a solicitação a que tal artigo se refere é a constante do próprio corpo do AIAF ou, em casos excepcionais, de termo lavrado no RUDFTO, ou seja, não prevista para o procedimento de 09/03/09, regularmente iniciado, ressalte-se mais uma vez, por AAD.

Assim, resta indubitoso que não há exigência legal de prévia intimação ao contribuinte para exibir ou entregar arquivos eletrônicos e, menos ainda, para autorizar sua copiagem pelo Fisco, nos casos que envolvam busca e apreensão decorrentes de flagrante infringências à legislação tributária.

Também há que se atribuir razão aos Agentes da Administração quando afirmam que a copiagem deu-se de forma regular e em complementação ao AAD nº 000098, regularmente emitido nos termos do art. 71 do RPTA /MG, transcrito a seguir:

Art. 71. O Auto de Apreensão e Depósito será utilizado para a formalização da apreensão de mercadorias, bens e documentos, inclusive de programas, meios e dados eletrônicos.

Parágrafo único. O Auto conterá a descrição do objeto da apreensão e, em se tratando de bem ou mercadoria, a respectiva avaliação.

Não há, portanto, que se falar em cerceamento do direito de defesa ou qualquer outro tipo de vício verificado na lavratura do Auto de Infração.

Do Mérito

Melhor sorte não colhe a Impugnante, uma vez que os argumentos por ela apresentados são frágeis e incapazes de modificar a situação constatada pela Fiscalização, de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Poderia a Impugnante, como ocorre em casos dessa natureza, juntar aos autos um levantamento por ela elaborado, refutando item a item do procedimento fiscal, no entanto, nada trouxe aos autos, sujeitando-se à penalização pela prática de infração à legislação tributária, como de fato ocorreu.

Assim sendo, a Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração em razão da falta de recolhimento do ICMS tendo em vista as saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, apurada mediante o confronto das DAPIs com os documentos extrafiscais e arquivos eletrônicos regularmente apreendidos em 09/03/09, por meio do Auto de Apreensão e Depósito (AAD) nº 000098 (fls. 02) e seu respectivo Auto de Copiagem e Autenticação de Documentos Digitais (fls. 03).

Relativamente aos exercícios de 2006 e 2007, o Fisco elaborou um “Demonstrativo de Saídas Reais” (fls. 47/63), contendo a seguinte metodologia:

- os produtos foram distinguidos e agrupados em conformidade com a redução de base de cálculo que suas saídas exigem;
- os estoques, inicial e final, foram extraídos do documento extrafiscal “INVENTÁRIO DE ESTOQUE” (fls. 24/40);
- a quantidade produzida foi identificada no relatório extrafiscal “RELATÓRIO PARA GERENCIAMENTO DA FABRICAÇÃO” de fls. 65/81;
- os valores acima referidos, em quilogramas, foram multiplicados pelo valor em reais apontado no já citado INVENTÁRIO DE ESTOQUE. Na determinação da base de cálculo, quando houve a necessidade de se efetuar arbitramento, utilizou-se o Fisco das médias apontadas às fls. 08 e 09.

Ressalte-se que os resultados foram confrontados com os valores declarados pelo Contribuinte.

Em relação ao exercício de 2008, o Fisco utilizou-se dos valores dos pedidos, sem as correspondentes notas fiscais, a partir dos documentos extrafiscais “Vendas para Clientes Detalhado”.

Respeitou-se, em todos os casos, as saídas internas, com reduções de base de cálculo e as saídas interestaduais, apurando-se as devidas proporções (vide fls. 11e segs.). No caso das saídas internas, aplicou-se as reduções previstas no item 19, da Parte 1, do Anexo IV, do RICMS/02. Veja-se:

ANEXO IV

DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO

PARTE 1

DAS HIPÓTESES DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO

(a que se refere o artigo 43 deste Regulamento)

...

19 - Saída, em operação interna, dos produtos alimentícios:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) relacionados nos itens 1 a 37, 44 a 48 e 55 a 58 da Parte 6 deste Anexo:

a.1) nas operações tributadas à alíquota de 18% (dezoito por cento): Redução de 61,11%

a.2) nas operações tributadas à alíquota de 12% (doze por cento): Redução de 41,66%

b) relacionados nos itens 38 a 43, 49 a 54 e 59 da Parte 6 deste Anexo. : Redução de 33,33

(grifado)

PARTE 6

PRODUTOS ALIMENTÍCIOS

(a que se refere o item 19 da Parte 1 deste Anexo)]

...	
29	Queijo tipo Minas
30	Queijo tipo mussarela
31	Queijo tipo parmesão
32	Queijo tipo prato
33	Queijo tipo provolone
34	Queijo tipo ricota
...	
42	Derivados de leite relacionados no Capítulo 4 da NBM/SH (com o sistema de classificação adotado até 31 de dezembro de 1996), produzidos no Estado.
...	
55	Iogurte
56	Queijo <i>petit suisse</i>
57	Bebida láctea, assim entendido o produto lácteo resultante da mistura de leite e soro de leite, adicionado ou não de produtos ou substâncias alimentícias, gordura vegetal, leite fermentado, fermento lácteo ou de outros produtos lácteos, devendo, ao final, a base láctea total representar pelo menos 51% (cinquenta e um por cento) do total de ingredientes do produto.
58	Leite fermentado

A bem da verdade, incorreram os Auditores Fiscais em um equívoco formal, que se deve esclarecer, a fim de que não parem dúvidas: assinalaram alguns itens como sujeitos a uma “redução de 41,66% (quarenta e um vírgula sessenta e seis por cento)”. Se assim ocorresse, estariam exigindo menos que o tributo devido, uma vez que tal redutor somente é aplicado na hipótese da alíquota para operação interna ser de 12% (doze por cento), chegando a uma carga tributária de 7% (sete por cento) (vide item 19,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“a.2”, da Parte 1, do Anexo IV, do RICMS/02, acima), o que discrepa dos fatos envolvidos nos presentes autos, de redução na base de cálculo de 33,33% (trinta e três vírgula trinta e três por cento) para aqueles itens e tributação à alíquota de 18% (dezoito por cento).

Todavia, ao se compulsar as planilhas denominadas “TABELAS” de 1 a 5 (fls. 10/15) e as que compõem a “Apuração da Base de Cálculo” (fls. 16/18) vê-se que o Fisco agiu com correção, ou seja, o valor devido a título de ICMS corresponde exatamente à aplicação da redução de 33,33% (trinta e três vírgula trinta e três por cento) sobre a base de cálculo, sobre a qual incide a alíquota de 18% (dezoito por cento). É que, no caso, a carga tributária incidente corresponde ao percentual de 12% (doze por cento) da base de cálculo antes da redução.

Para demonstrar o afirmado, veja-se, por exemplo, o que ocorre no mês de agosto de 2006:

1 – as saídas declaradas para dentro do Estado correspondem a 91,10% (noventa e um vírgula dez por cento) das saídas totais (TABELA 2, fls. 11);

2 – este percentual de 91,10% (noventa e um vírgula dez por cento) é aplicado sobre as saídas desacobertadas (TABELA 3, fls. 12);

3 – o percentual de valores das mercadorias sujeitas à redução de 33,33% (trinta e três vírgula trinta e três por cento), chamadas equivocadamente de “Redução de 41,66% (quarenta e um vírgula sessenta e seis por cento)”, é apurado na TABELA 4, de fls. 13, e corresponde a 8,52% (oito vírgula cinquenta e dois por cento) do total apurado nos documentos extrafiscais (saídas reais);

4 – sobre o valor encontrado na TABELA 3 (item 2, acima), aplica-se o percentual de 8,52% (oito vírgula cinquenta e dois por cento), para se determinar o valor das saídas desacobertadas, para dentro do Estado, no mês de agosto de 2006 (TABELA 5, fls. 15);

5 – é sobre este valor que o Fisco aplica o percentual de 12% (doze por cento) para determinar o ICMS devido. A demonstração consta do quadro de fls. 16 e do Demonstrativo do Crédito Tributário, de fls. 17.

Vê-se, portanto, que o trabalho fiscal em momento algum aplicou a anunciada redução.

Assim, no Demonstrativo do Crédito Tributário, de fls. 17 e 18, observa-se a consolidação de bases de cálculos e alíquotas aplicadas sobre os valores apurados a título de saídas desacobertadas.

Relativamente à Multa Isolada do art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, corretamente capitulada, tem-se a precisa observância de seu limite, conforme art. 55, § 2º e como demonstrado às fls. 17 e 18.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a prefacial arguida. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Mariane Ribeiro Bueno Freire. Participaram do julgamento,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

além dos signatários, os Conselheiros José Luiz Drumond (Revisor) e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 15 de dezembro de 2010.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Luiz Fernando Castro Trópia
Relator**

LFCT/EJ

CC/MIG